

LOS DERECHOS SOCIALES, EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL RIESGO DE RIGIDIZACIÓN IDEOLÓGICA¹

Judicial activism, positive social rights and the risk of damaging the political autonomy of society

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO²
Universidad de los Andes

Sumario: I. Delimitación del problema. II. Las diferencias entre Política y Derecho. III. El Derecho Constitucional y los derechos fundamentales frente a la política. IV. ¿Son los derechos sociales indisponibles para el proceso político? V. La pobreza, como un fenómeno social complejo. VI. El activismo judicial como perversión del constitucionalismo. VII. La confianza en los jueces como "héroes sociales". VIII. El juez como operador político-social. Dificultades. IX. La rigidización ideológica en materia de derechos sociales. X. La desconfianza hacia el proceso democrático ¿desconfianza hacia el pueblo? XI. Pero ¿y si la Política realmente no funciona en el combate contra la pobreza? XII. El peligro de minusvalorar la democracia y los derechos civiles y políticos. XIII. Conclusiones: el valor de la democracia, la Política y el constitucionalismo. XIV. Bibliografía.

Resumen: Frecuentemente, los partidarios de la justiciabilidad directa de los derechos sociales tienden a defender una sola visión de la justicia social, y sólo una forma de solucionar sus problemas, pretendiendo reforzar su punto de vista con la fuerza del Derecho. Sin embargo, así se pone en peligro la libertad de los ciudadanos y de las sociedades para elegir o alejarse democráticamente de determinadas ideologías o políticas públicas, y encontrar así salidas efectivas al problema de la pobreza; sin perjuicio de las disfunciones provocadas por usar al Derecho como herramienta de transformación social. Asimismo, podría minusvalorarse el imprescindible aporte del constitucionalismo tradicional a los problemas políticos de nuestras sociedades latinoamericanas.

Palabras clave: Política, Derecho, Derecho Constitucional, derechos sociales, activismo judicial.

¹ Comunicación para el I Congreso Iberoamericano sobre nuevos Desafíos Jurídicos, Universidad de Santiago de Compostela, Octubre de 2015. Trabajo efectuado en el marco de la investigación desarrollada por el autor, para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor Antonio Carlos Pereira Menaut.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile; doctorando en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de derechos humanos en la Universidad de los Andes, Chile.

Abstract: When, in the field of positive social rights, the constitutional judge imposes a certain ideology through their sentences, to the detriment of other doctrines that are legitimately beaten in the democratic game, damages the political autonomy of the society to choose the best options to fight poverty. Constitutional Law has limitations as a tool for solving political problems and, moreover, essential principles of classical constitutionalism can be undermined.

Keywords: Politics, Constitutional Law, positive social rights, judicial activism.

I. Delimitación del problema

Una de las cuestiones más discutidas en materia de teoría constitucional contemporánea es la relativa a la justiciabilidad directa de los derechos sociales. Para aportar nuestro punto de vista a esta discusión, proponemos un enfoque del problema desde la diferencia entre el Derecho y la Política, y de cuáles serían las dificultades que podría causar la solución de un problema social como la pobreza con las armas del Derecho, sin considerar, al mismo tiempo, aquellas aportaciones que la Política –y el derecho constitucional liberal o tradicional- pueden entregar.

Antes de continuar, precisemos que nos referiremos a los derechos sociales prestacionales³, esto es, aquellos que buscan mejorar el nivel de vida de sus destinatarios y lograr la igualdad material⁴, mediante prestaciones o transferencia de “bienes o servicios económicamente avaluables, subsidios de paro, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etc.”⁵; todo ello, desde el Estado hacia los particulares⁶.

Asimismo, entenderemos como doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales, aquella que propugna que estos derechos son *directamente aplicables* por el juez, con independencia de -o incluso contra- cualquier desarrollo legal o administrativo dispuesto por las autoridades político-representativas. Tal vez una de las afirmaciones más directas al respecto puede encontrarse en lo que afirma PEREIRA DE SOUZA NETO, quien señala que:

"Si consideramos que ciertos derechos sociales son condiciones de la democracia [...], entonces el Poder Judicial, como su guardián, tiene también el deber de concretizarlos, sobre todo frente a la inercia de las demás ramas del Estado en la realización de esa tarea. Si el Poder Judicial tiene legitimidad para invalidar las normas producidas por el

³ Otro tipo de derechos sociales –como, por ejemplo, los derechos sociales negativos, o los derechos sociales desarrollados mediante disposiciones legales o administrativas- son indiscutiblemente justiciables, por lo que no serán considerados en este trabajo.

⁴ J. I. MARTÍNEZ ESTAY, "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", 2010, pp. 126, 129, 131, 134

⁵ L. PRIETO SANCHÍS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", 2000, p. 15

⁶ Considérese, sin embargo, la idea del efecto horizontal de los derechos sociales, esto es, la idea de que los particulares también se encuentran obligados a satisfacer las necesidades sociales de los otros ciudadanos. Esta teoría fue recogida, por ejemplo, en una serie de fallos del Tribunal Constitucional chileno relativos al sistema privado de aseguramiento de salud vigente en Chile. Ver síntesis de este punto en concreto en J. I. MARTÍNEZ ESTAY, "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", pp. 149–150.

Poder Legislativo, se puede afirmar con más facilidad que es igualmente legítimo para actuar ante la inercia de los demás poderes, cuando esa inercia implica un obstáculo al funcionamiento regular de la vida democrática. El concretización judicial de los derechos sociales fundamentales, independiente de la mediación legislativa, es un *minus* en relación al control de constitucionalidad⁷.

Por su parte, LÓPEZ DAZA señala que la materialización de los derechos sociales en América Latina ha pasado por el sistema judicial. En algunos países son los órganos judiciales quienes intervienen en la política social que debe seguir el respectivo gobierno, y son estos mismos órganos quienes supervisan su aplicación. Agrega que América Latina es probablemente la región del mundo donde hay más actividad legal en materia de derechos sociales⁸.

En consecuencia, nos referiremos al derecho de origen jurisprudencial o judicial. Así planteado el problema, la cuestión es: ¿son los derechos sociales prestacionales directamente aplicables por el juez –al modo de los derechos fundamentales clásicos⁹– o necesitan más bien un desarrollo normativo previo, en base a la configuración diseñada por las autoridades político-representativas?

II. Las diferencias entre Política y Derecho

Como primera aproximación, creemos que la cuestión planteada se conecta íntimamente con la relación que la Política y el Derecho mantienen en el ámbito del derecho constitucional. Si bien allí confluyen, ambas disciplinas también presentan diferencias que son fundamentales en relación a nuestro tema¹⁰.

El Derecho, como es conocido, implica un conflicto entre partes que debe solucionarse mediante la aplicación, por un tercero imparcial –el juez–, de una regla de derecho no dictada por ninguno de los interesados¹¹. La regla de derecho es el

⁷ C. PEREIRA DE SOUZA NETO, "Teoria da constituição, democracia e igualdade", p. 26. Traducción nuestra. Otros autores no señalan esto tan directamente, pero proveen todos los argumentos para llegar a la misma conclusión sobre la justiciabilidad directa de los derechos sociales. Véase por ejemplo H. NOGUEIRA ALCALÁ, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", 2009, pp. 184–191.

⁸ G. A. LÓPEZ DAZA, "Constitucionalización y Protección Judicial de los Derechos Sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano", 2010, p. 29.

⁹ Ejemplo clásico al respecto es la sentencia N°15/1982, de Tribunal Constitucional español, en que se declaró que el derecho a objeción de conciencia frente al servicio militar –art. 30.2 de la Constitución española– resultaba aplicable aún sin desarrollo legislativo. Ver sentencia en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/57>. Fecha de Consulta: 10 de septiembre de 2015

¹⁰ Entre las incontables obras que tratan el tema, nos permitimos sugerir la lectura de A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010; y de nuestro artículo "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial", 2013; ambos en la bibliografía de este artículo.

¹¹ En ese sentido, WALDRON resume este aspecto señalando que la distinción de un tribunal, respecto del Parlamento, radica en la diferenciación entre las partes del proceso y aquel que toma la decisión, el juez. Éste, luego de escuchar a las partes regresa con un veredicto que, se supone, representa una respuesta imparcial a las peticiones contradictorias de éstas J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, 2005, pp. 32, 69-70.

parámetro contra el cual se contrastan las pretensiones de los litigantes, para decidir cuál de ellas tiene la razón y cuál, por el contrario, debe ser desechada.

Además, el Derecho se caracteriza *por la forma* en que resuelve el conflicto sujeto al conocimiento del juez: la solución que éste impone tiene el carácter de definitiva, dando la razón de forma absoluta a una de las partes, y denegando la razón a la postura de la contraparte perdedora. Como expresa GLENDON de manera gráfica, el ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado¹².

La Política en cambio, no implica nada de esto. En primer lugar no hay "parte" ni "contraparte". Lo que hay es la discusión entre diversas posiciones de orden ideológico, que se presentan las unas frente a las otras en pie de igualdad¹³, sin la intervención de un tercero imparcial, distinto de los involucrados, que esté encargado de la resolución de las eventuales disputas entre dichas posiciones. En esta "polifonía política" –cuya expresión histórica y física se ha encontrado en los Parlamentos¹⁴–, los interesados resuelven *por sí mismos* el asunto entre manos, adoptando el o los acuerdos que estimen adecuados al problema de interés público que tienen que enfrentar.

Es por ello que, como evidencia PEREIRA, es propio de la Política que cada parte defienda su respectiva posición ideológica de manera parcial o partisana¹⁵. Las soluciones que se alcanzan en la Política requieren negociación y transacción, en un proceso que, a pesar de sus defectos, permite, sin embargo, integrar de mejor forma a las distintas visiones que la sociedad mantiene sobre un determinado tema social o político.

III. El Derecho Constitucional y los derechos fundamentales frente a la Política

En este orden de ideas, puede entenderse por qué los derechos fundamentales¹⁶ tienen aplicación directa, están fuera del juego político y han sido entregados al resguardo del Derecho: no es constitucional, ni humano, decidir por mayoría de votos o transar respecto de si una persona ha de tener o no derecho a la vida, derecho al debido proceso, etcétera. Como dice MATLARY, refiriéndose a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los derechos allí contenidos están

¹² M. A. GLENDON, "El Lenguaje de los Derechos", 1998, p. 88.

¹³ De acuerdo a WALDRON lo destacable de los Parlamentos, a diferencia de las otras ramas del gobierno, es que en el rango más alto de su jerarquía, está ocupado por muchas personas, iguales entre ellas, al menos por lo que respecta a su autoridad última en la creación de derecho. En definitiva, la idea es que el pueblo esté gobernado por sí mismo, o al menos por una gran cantidad de individuos, y no por una persona sola. J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, 2005, p. 62

¹⁴ Estas gráficas expresiones, extraídas de la obra de WALDRON citada en este artículo.

¹⁵ Como señala PEREIRA, la Política, aunque sea altruista, persigue sus metas con criterios partidistas, que no todos los afectados comparten, ni es posible que compartan al cien por ciento. El Derecho judicial, aunque pueda no tener la misma altura de miras, necesariamente ha de impartirse con imparcialidad, o de lo contrario dejará de ser Derecho. A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, p. 61.

¹⁶ Expresión con la que nos referimos a los derechos civiles y políticos o de "primera generación". Considérese, sin embargo, que gran parte de la doctrina aquí estudiada también entiende el calificativo de "fundamentales" a los derechos sociales.

resguardados del proceso político ordinario, como respuesta al relativismo que se evidenció de la manera más brutal con el régimen hitleriano. Señala esta autora que:

“Los derechos que aparecen definidos en la Declaración Universal constituyen un conjunto que se revela como una plenitud de derechos, claros y concisos, que reflejan una antropología igualmente concreta. [...] y se explicitó... que esos derechos «son inviolables e inherentes». Nadie, ni siquiera los políticos, pueden modificar esos derechos, porque son innatos, pertenecen a todos los seres humanos por nacimiento, por el hecho de ser humanos [...] Los derechos humanos son "prepolíticos", en el sentido de que no son dados o garantizados por los políticos, sino "descubiertos" a través de la razón humana, como constitutivos del ser humano. También son "apolíticos", porque no son construcciones políticas, sino antropológicas: consecuencias de nuestra naturaleza humana [...]”¹⁷.

En el mismo sentido, CALSAMIGLIA señala que:

[...] En las democracias modernas rige el principio básico de que la mayoría es el criterio más importante y que la negociación entre intereses y aspiraciones da como resultado esas reglas de juego. Pero [...] [no] es difícil encontrar ejemplos que muestren que siguiendo reglas mayoritarias pueden producirse resultados inaceptables desde el punto de vista de la justicia [...]. La democracia moderna tiene unos límites: los derechos. Los derechos son aspiraciones individuales protegidas institucionalmente de la negociación de la mayoría. La mayoría no puede conculcar los derechos. El límite de la negociación mayoritaria son los derechos¹⁸.

Lo expuesto evidencia también lo que, creemos, debiera ser el papel del derecho constitucional frente a la Política: el de constituir un marco externo, una suerte de “rayado de cancha”, que permita el libre juego e interrelación de las distintas fuerzas políticas. Como dice PEREIRA, el Derecho implica, de cara a la Política, freno, control y limitación. La Política impulsa, propone, innova, es expansiva; el Derecho frena el poder, lo sujeta, lo encauza, recorta el alcance de su actuación y procedimientos. Si la actividad política limita el poder, el Derecho limita a la actividad política¹⁹.

Éste es, estimamos, el legado del derecho constitucional clásico, de acuerdo a su historia: el poder debe ser limitado; esa limitación se hace necesaria cualquiera sea el titular de dicho poder –en la democracia, la mayoría del pueblo²⁰– y el juez está a cargo de cuidar ese aparataje. Fuera del ámbito esencial de la protección de los derechos y libertades fundamentales, por el contrario, la Política es libre, y el derecho constitucional (así como el juez a su cargo) deberían mantener una relativa neutralidad frente al devenir político, económico, social, cultural etc. de una

¹⁷ J. H. MATLARY, *When might becomes human right. Essays on democracy and the crisis of rationality*, 2007, p. 4

¹⁸ A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", 2000, pp. 85–86

¹⁹ A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, p. 62.

²⁰ Idea tratada, destacadamente, en *El Federalista*, LI.

determinada sociedad; particularmente en un tema tan complejo y controvertido como lo es la actitud que ésta debe adoptar frente a la cuestión de la pobreza.

IV. **¿Son los derechos sociales indisponibles para el proceso político?**

Pero ¿puede aplicarse el mismo razonamiento expuesto, respecto de los derechos sociales? Vaya por delante, que el objetivo de muchos autores partidarios de la justiciabilidad de los derechos sociales es lograr a favor de éstos, precisamente, el mismo efecto de "aislamiento" respecto del juego político democrático.

Así, por ejemplo, PIOVESAN y STANZIOLA VIEIRA concluyen que la carta brasilera de 1988 -que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6º- acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes de naturaleza jurídica. Agregan que

"[I]a política, en definitiva, dejó de ser concebida como un dominio jurídicamente libre y constitucionalmente desvinculado, una vez que sus dominios pasaron a sufrir límites e imposiciones de acción, por medio de un proyecto material constitucional de orden vinculante. Surgió de esto, una verdadera configuración normativa de la actividad política"²¹.

En el mismo sentido, ABRAMOVICH y COURTIS señalan que, aún en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una *autolimitación* de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria²².

A nivel del derecho internacional de los derechos sociales, KARTASHKIN, si bien niega que la regulación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales apunte a una estandarización de la legislación o de un determinado sistema político o social entre diferentes países, sí cree que aquella establecería un contenido mínimo de los derechos sociales y objetivos de bienestar a ser logrado por los estados, *cualquiera sea su sistema o circunstancias*, aun si -como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)-, se parta de la idea que la plena realización de los derechos es resultado del desarrollo progresivo de políticas nacionales, legislación y acción práctica²³.

De esta manera, y como uno de los principales objetivos de esta doctrina, los estados seguirían obligados a satisfacer un núcleo de derechos sociales cualquiera sea la orientación política que adopte dicha sociedad, y cualesquiera sean las circunstancias -incluyendo crisis económicas-, que usualmente influyen en otras políticas de orden social²⁴.

²¹ F. PIOVESAN, R. STANZIOLA VIEIRA, "Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas", 2006, p. 132. Traducción nuestra.

²² V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2002, pp. 36-37.

²³ V. KARTASHKIN, "Economic, Social and Cultural Rights", 1982, p. 113. Traducción y destacado nuestro.

²⁴ A mayor abundamiento, los N°s 13 y 14 de la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se refieren al papel de la cooperación

V. La pobreza, como un fenómeno social complejo

La cuestión resulta polémica desde ya, porque, al menos en nuestra opinión, la pobreza parece ser un problema de orden multicausal, particularmente persistente a través de los siglos, y parece difícil que, de manera repentina, los juristas del siglo XXI hayan encontrado en el Derecho la solución a un problema que, a través de los siglos, no ha podido ser resuelto de forma definitiva ni por la economía, ni por la filosofía, ni por la moral y ni siquiera por las religiones...

Lo cierto, sin embargo, es que existe más de un enfoque y más de una solución al problema de la pobreza, o al menos así lo piensa, de manera completamente legítima, un significativo número de personas. Es lo que evidencia ROSENKRANTZ cuando se refiere a lo que denomina la "objección epistémica" a la justiciabilidad de los derechos sociales:

"Como cuestión de hecho, nosotros no coincidimos en lo que requiere la justicia distributiva. Nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas. No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontestable. Consecuentemente, desde el punto de vista colectivo y político, no sabemos qué es lo que es de cada uno en el contexto de una cooperación justa entre individuos que participan de la empresa de la vida social [...]"²⁵.

Además, más allá de la teoría, existe un enorme abanico de posibilidades a la hora de lidiar con la cuestión social. Cuestiones tales como *la multiplicidad de tipos de estado de bienestar*, no todos los cuales entregan enteramente la cuestión de las prestaciones sociales al Estado²⁶; la experiencia norteamericana de participación voluntaria del sector privado en la asistencia social²⁷; y la existencia de muchas variantes ideológicas que escapan al binomio estatismo-liberalismo²⁸, reflejan la

internacional en la plena efectividad de los derechos sociales, cuando incluso los propios estados son incapaces de cumplir con estas obligaciones.

²⁵ C. ROSENKRANTZ, "La pobreza, la ley y la constitución", pp. 8-9.

²⁶ Una obra clásica al respecto es G. ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990.

²⁷ Al respecto, GLENDON propone un complemento mutuo entre los sistemas europeos estatales de bienestar y el sistema de asistencia social privado norteamericano. Ver M. A. GLENDON, "Rights in Twentieth-Century Constitutions", 1992, pp. 534-535. Cabe observar, en apoyo de esta idea, que datos publicados por la OCDE en 2014 demuestran que, en materia de Producto Interno Bruto destinado a servicios sociales, cuando se considera la estructura de impuestos y el rol de los beneficios sociales privados, el país que sube segundo puesto mundial en niveles de gasto social, después de Francia, es... Estados Unidos. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), "Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels. Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX), November 2014", 2014, p. 1

²⁸ Así por ejemplo, la corriente ideológica del comunitarismo, que motivó el surgimiento de lo que se conoce como la "tercera vía", y que se plasmó, por ejemplo, en la sustitución de las subvenciones de la educación superior con un sistema de préstamos a estudiantes en países como Estados Unidos, Australia y el Reino Unido, y la implantación de costes de

existencia de una enorme riqueza y complejidad en las respuestas que nuestras sociedades se han dado al tema de la pobreza.

A mayor abundamiento, un vistazo a las estadísticas económicas recientes del continente latinoamericano muestra que, en términos de desarrollo comparativo, pareciera que los países que han optado por una economía de mercado moderada, exhiben mayores índices de desarrollo social que aquellos otros países que han escogido un modelo de corte más socialista²⁹.

En consecuencia, nuestra objeción a la doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales no reside en la pertinencia o impertinencia política o moral de los derechos sociales, en sí mismos considerados. Nuestra aprensión es que, frente a la enorme riqueza y complejidad en las respuestas que nuestras sociedades se han dado frente a la cuestión en examen, y al hecho de que la Política, con todas sus limitaciones³⁰, parece manejar mejores herramientas que el Derecho para enfrentar cuestiones sociales multidimensionales -como lo es la pobreza-, parece difícil aceptar como correcta la idea de que este último deba ser utilizado para imponer directamente, a través de la acción del juez, una determinada forma de lidiar contra tal flagelo.

Empero, lo que la doctrina partidaria de la justiciabilidad de los derechos sociales pide a este último es precisamente que, en las cuestiones en estudio, aplique *determinadas teorías de justiciabilidad directa* de los *derechos sociales*, haciendo caso omiso de lo que hayan determinado al respecto los poderes político-representativos. Esto nos lleva a analizar brevemente el tema del activismo judicial.

VI. El activismo judicial como perversión del constitucionalismo

Si bien el juez constitucional representa la piedra angular del derecho constitucional³¹, su actuación también está sujeta a determinados límites, fuera de los cuales puede poner en peligro las potestades asignadas a las demás ramas

docencia. De acuerdo a HEYWOOD, a partir de ahí "los estudiantes tienen el deber de pagar por su educación; no se limitan a tener el derecho de acceso a ella". A. HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, 2010, p. 244.

²⁹ Es así como en el último Índice de Progreso Social 2015 –índice realizado con ayuda de la Universidad de Harvard y el Instituto Tecnológico de Massachusetts-, Chile, reputado como el país más liberal de Latinoamérica en términos económicos, aparece en el segundo mejor lugar, después de Uruguay. Ver detalles en: AVINA (Ed.) (10 de abril de 2015): Índice de Progreso Social 2015: Latinoamérica avanza inequitativamente. Available online at <http://www.avina.net/esp/13114/incontext-62/>, checked on 10/16/2015.

³⁰ Aquí recordamos las palabras del profesor PEREIRA, quien señala que la Política, tal como el Derecho, comparten la característica de ser superficiales, esto es, la incapacidad de resolver los problemas más radicales del ser humano, o hacerlo bueno o feliz. A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, pp. 60-61.

³¹ A.-C. PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional y otros escritos*, 2006, p. 194. En efecto, al comienzo "no hubo más constitucionalismo que el judicial y los jueces tuvieron gran importancia y jugaron un destacado papel aún desde su prehistoria en la Edad Media". Asimismo, como señala este autor, la famosa Carta Magna de 1215 no se ocupa prácticamente ni del legislativo ni del ejecutivo, pero sí de la judicatura y de la administración de justicia

gubernamentales³² o, incluso, como pretendemos sostener aquí, la autonomía política de la propia sociedad.

En este sentido, TOCQUEVILLE fue uno de los primeros en entrever que un mal uso de las potestades judiciales podría producir ciertas distorsiones de orden constitucional:

"[...]un juez que al dilucidar una cuestión particular destruye, por la certidumbre en que se encuentra, un principio general, golpeando al mismo principio igualmente en todas sus consecuencias, al permanecer en su círculo natural de acción, hace estéril dicho principio. Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener a la vista un caso particular, entonces se sale del círculo en que todos los pueblos habían acordado mantenerlo. Se convierte así en algo más importante, tal vez más útil que un magistrado, pero deja de representar al poder judicial"³³.

LOEWENSTEIN, por su parte, señala que cuando los jueces proclaman su derecho de valorar una decisión político-social y político-económica de los detentadores del poder —gobierno y parlamento—, el control se hace altamente discutible. Si el control judicial se aplica a decisiones políticas, adquiere entonces el carácter de un control político por parte de los tribunales que, teóricamente, no corresponde a la función judicial³⁴.

Finalmente, CALSAMIGLIA señala que:

"[...] Es muy discutible si deben ser los jueces constitucionales los que nos deben decir qué es lo que debemos hacer. Más bien los jueces constitucionales deberían ser los guardianes de qué es lo que no puede hacer el Gobierno y los parlamentos. Las políticas públicas no deben ser monopolio del feudo judicial. Una de las grandes preocupaciones de la democracia ha sido prevenir la tiranía y, ciertamente, los sistemas constitucionales han tratado de dispersar la soberanía para que no se abusara del poder. En esta lucha contra el exceso de poder, la institución judicial ha jugado un papel importante. Pero quizá no debemos ceder a los jueces lo que no quisimos ceder ni al Gobierno ni al Parlamento"³⁵.

En consecuencia, recordando que el constitucionalismo liberal parte de la base de que el problema no es el abuso del poder político por una persona o institución determinada, *sino el abuso del poder en sí mismo considerado* —aunque lo protagonice aquél llamado a guardar la Constitución y las leyes—, cabe concluir que el intento de utilizar al activismo judicial como herramienta de imposición ideológica es tan anticonstitucional como cualquier otra forma de extralimitación del poder político.

³² Uno de los principales supuestos sostenidos por la doctrina de la deferencia judicial es que los poderes político-representativos también tienen la capacidad de interpretar la constitución, facultad que merece el respeto institucional por parte del poder judicial. En: J. B. THAYER, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 1893, pp. 136,148

³³ A. D. TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Tomo I, 1911, pp. 121-122

³⁴ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, 1976, reimpresión 1986, p. 312.

³⁵ A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", p. 97.

VII. La confianza en los jueces como "héroes sociales"

En este orden de ideas, no deja de ser llamativa la enorme confianza que la doctrina partidaria de justiciar directamente los derechos sociales deposita en los jueces. Parece suponerse que éstos son capaces, de forma natural, de suplir la inactividad o incompetencia de las ramas político-representativas de gobierno cuando éstas, sea por lenidad, corrupción u otra razón, fallan a la hora de enfrentar el problema de la pobreza; contando los jueces, incluso, con alguna especie de "superioridad moral" frente al deficiente y criticable proceso político.

Frank CROSS ironiza al respecto cuando afirma que:

"Comúnmente, [en] el caso de los derechos positivos [se] presume, implícitamente, que los jueces son magos benevolentes, dispuestos y capaces de agitar una varita mágica y, con ello disipar, las tristes condiciones de pobreza. Si no magos, los jueces son, al menos, reputados como reyes-filósofos, que pueden tanto discernir como crear una sociedad justa"³⁶.

Mc CANN, por su parte, aludiendo al periodo WARREN de la Corte Suprema norteamericana señala que "[e]n la versión más idealista [...ésta...] fue retratada como una heroica liga de Caballeros Blancos, que blandían valientemente las espadas del razonamiento legal para eliminar las monstruosas injusticias que habían afligido por largo tiempo a nuestra nación". Agrega que, en la democracia americana post-*New Deal* la Corte Suprema fue vista como una fuerza democratizadora, uno de los más significativos actores en el panorama político y la única fuente de acceso institucional para aquellos ciudadanos desfavorecidos, o bien, invisibilizados dentro del sistema. Otros intelectuales, agrega este autor, enfatizaron la distintiva autoridad moral de la Corte como una defensora de los derechos y libertades individuales³⁷.

De cualquier forma, lo cierto es que la doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales adoptó entusiastamente este punto de vista.

Es así como QUEIROZ BARBOZA y KOZICKI estiman que la expresión "jueces activistas" no debe ser entendida en su significado pragmático -de jueces que imponen su propio punto de vista, ignorando la constitución y los precedentes judiciales que le dan contenido-, sino en el sentido de que aquellos deben estar listos para responder las cuestiones de moralidad política que les son presentadas³⁸. Más adelante, las mismas autoras afirman que los jueces no sólo pueden proteger el *statu quo*, defendiendo los derechos adquiridos, sino que también han de ser capaces de llevar adelante reformas sociales relacionadas con la promoción de diversos derechos³⁹.

LIEBENBERG, por su parte, sostiene que:

"En vista de la acumulación de injusticias históricas, la plena realización de los derechos sociales requerirá de profundos cambios estructurales con el tiempo. ¿Podrán los Tribunales desempeñar un papel importante

³⁶ F. B. CROSS, "The Error of Positive Rights", 2001, p. 923. Traducción nuestra.

³⁷ M. MCCANN, "How the U.S. Supreme Court Matters: new institutional perspectives on Judicial Power", 2002, pp. 271-272. Traducción nuestra.

³⁸ E. M. DE QUEIROZ BARBOZA, K. KOZICKI, "Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court", 2013, p. 418. Traducción nuestra.

³⁹ *Ídem.*, p. 428

para facilitar estos cambios fundamentales? Mi visión personal es que, en la actual jurisprudencia sobre derechos sociales de los Tribunales, hay un potencial considerable para la transformación. Sin embargo, la realización de este potencial depende de que los Tribunales interpreten los derechos sociales en forma sustantiva [...]"⁴⁰.

Finalmente, ABRAMOVICH y COURTIS, en su libro, de referencia obligada de esta materia -al menos en América Latina-, demuestran su plena confianza en el activismo judicial como forma de resolver los problemas de justiciabilidad de los derechos sociales:

"[...] lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, *un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana*, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos"⁴¹.

Como puede verse, los juristas partidarios de los derechos sociales parecen asumir que el problema de la injusticia social puede ser resuelto simplemente presentándolo ante la decisión de los jueces; y que, una vez en manos de estos, se trataría de una cuestión de "coser y cantar"...

VIII. El juez como operador político-social. Dificultades

Sin embargo, como hemos dicho también en otra ocasión, no parece repararse en al menos dos problemas gravísimos.

El primero, que frente al optimismo de la doctrina en cuanto a la simpatía del juez con determinados puntos de vista ideológico, se olvida que el activismo judicial es, en definitiva, el ejercicio de una *competencia* -y no de un "contenido"- que se sustrae a las autoridades político-representativas y se asume por el juez, como lo evidencia, entre otros, CALSAMIGLIA⁴².

Lo anterior reviste una enorme importancia, porque aquella competencia - como cualquier otra, por lo demás- es de carácter neutro y por tanto, no tiene lealtad ideológica alguna; su contenido depende de quien la utiliza. Por eso nada impide a un tribunal activista "de izquierdas" convertirse mañana en un igualmente nefasto tribunal activista "de derechas", o viceversa⁴³. Pero, una vez abierta la

⁴⁰ S. LIEBENBERG, "Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica", 2006, p. 62.

⁴¹ V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2002, pp. 46-47. Cursivas nuestras.

⁴² "La tesis de la inflación y generaciones de derechos favorece paulatinamente la incorporación de más derechos -y especialmente los derechos sociales y culturales- en la Constitución. Pero esta transferencia lleva implícitamente una transferencia de poder al poder judicial". A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", p. 97

⁴³ R. A. POYANCO BUGUEÑO, "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial. Constitutional Judges, Politics and Judicial Self Restraint", 2013, p. 94

puerta, ya será bastante más difícil llamar a los jueces al orden, incluso por aquellos que hoy aplauden la actual deriva ideológica del tribunal. La propia Corte Suprema norteamericana ha pasado por periodos de activismo liberal y luego, por periodos de activismo conservador, en los cuales la corriente activista vencedora se dedica a echar abajo los precedentes establecidos por la corriente contraria⁴⁴.

Irónicamente, mientras algunos juristas confían inocentemente en la calificación moral y simpatías políticas de sus jueces, los políticos profesionales parecen tener bastante más claro cuáles son los límites humanos de esos juzgadores, como lo demuestra la tendencia generalizada -al menos en nuestros países de cultura jurídica europeo-continental-, de proveer las plazas de los tribunales constitucionales atendiendo *cuidadosamente* a los equilibrios políticos⁴⁵; tendencia prevista por lo demás, de manera expresa, por el mismo Kelsen⁴⁶.

La segunda cuestión problemática dice relación con la forma en que el juez asume y soluciona el litigio que tiene entre manos. Lo usual en su actividad es la adjudicación en favor de aquella posición o interés de las partes que más se ajusta a Derecho (es decir, a la norma preexistente), descartándose la que no encuentra ese fundamento. Ello en base a una suerte de "reduccionismo cognitivo", que es una de sus características más llamativas de la actividad judicial: en el fallo no se considera a toda la comunidad política, sino sólo a las partes del proceso; ni se considera toda la realidad o las alternativas de solución, sino que sólo aquella parte del problema presentada por los litigantes y que ha sido sometida a conocimiento jurisdiccional, en lo que resulta relevante para resolver la cuestión litigiosa como tal⁴⁷.

Empero, aplicada esta forma de razonamiento a un problema político o social -y sin la mediación de la normativa dictada por las autoridades político-representativas-, es probable que se produzca una de estas dos alternativas: o el multifacético problema social que intenta ser abordado ha sido jibarizado a lo que -

⁴⁴ R. A. POSNER, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint", 2012, pp. 547 y ss. Recuérdese además la crítica del juez Holmes al conocido fallo *Lochner v. New York*, 198 EE.UU. 45 (1905), por reflejar éste una "determinada teoría económica"; en ese caso, liberal. En tanto, en nuestro continente, y específicamente en materia del derecho a la salud, tanto en Chile como en Brasil, el Tribunal Constitucional y el Supremo Tribunal Federal, respectivamente, han pasado de reconocer enfáticamente la calidad fundamental de este derecho, a efectuar, posteriormente, correcciones que recuerdan mucho a los supuestos de la deferencia judicial. Ver jurisprudencia y doctrina relativa a esta materia en R. A. POYANCO BUGUEÑO; C. ROMERO GOMES, "El derecho a la salud en Chile y Brasil ¿Los jueces como Héroes de la Justicia Social?", *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, I, I, 2015, pp. 149-172.

⁴⁵ En 1994 FAVOREU señalaba que "[...] las autoridades políticas, cualesquiera que sean, han designado a jueces afines o de sus mismas tendencias políticas; y, de hecho, en Alemania, Italia, España, Francia o Austria, los dos o tres principales partidos políticos se reparten la elección. Y ello aun en el caso de que, como en Alemania o en España, se hayan querido tomar precauciones para evitarlo [...]" J. L. FAVOREU, *Los Tribunales constitucionales*, 1994, p. 30

⁴⁶ H. Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", 2008, p. 26

⁴⁷ R. A. POYANCO BUGUEÑO, "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial", pp. 73-74

según estima el juez-, es su faceta jurídica y las múltiples aristas sociales, históricas, culturales, etc. que lo componen quedan fuera de consideración (lo que producirá, casi con seguridad, una solución incompleta o parcial); o bien los jueces se han animado a resolver el asunto en su totalidad, asumiendo las dificultades intrínsecas de dichas facetas. Pero en esta segunda alternativa no se advierte cómo estos hombres de Derecho –seguramente muy versados *en sus específicas competencias jurídicas*– podrían tener un mejor criterio político o una mejor *expertise* social que, digamos, el político profesional o incluso el hombre de la calle⁴⁸.

En este punto, debe destacarse que la doctrina partidaria de los derechos sociales directos –que es la que intenta seducir al juez a aventurarse en estos parajes– se esfuerza, de buena fe, en demostrar que sus proposiciones y presupuestos no corresponden a concepciones ideológicas, sino que constituyen expresión del más prístino razonamiento jurídico⁴⁹. Sin embargo, ello difícilmente logra disimular que nos encontramos ante una materia de orden *extrajurídico*. Una de las mejores formulaciones sobre esta cuestión la efectúa ATRIA, quien ejemplifica cómo personas de diferentes sensibilidades ideológicas elegirían concretizar, de forma muy distinta, una misma norma sobre derecho a la educación que se contiene en la constitución chilena de 1980. A partir de esto, el autor concluye que:

"[...] [E]s incorrecto entender que lo problemático de los derechos sociales, en esta lectura, sea su "indeterminación" [...]. No se trata de que esos derechos sean, a diferencia de los de primera generación, "indeterminados" en cuanto a su contenido. Se trata de que una norma que constitucionaliza un derecho social no contiene decisión política alguna que pueda ser entendida y aplicada por un juez en tanto juez [...] La tesis defendida aquí [...] es que no es una forma de razonamiento jurídico sino político [...]"⁵⁰.

En otras palabras, la cuestión es si un jurista, en tanto "hombre de derecho" - cuestión particularmente importante en el caso del juez-, puede escoger formas específicas de combatir la pobreza, en base a herramientas jurídicas, en el marco de un litigio y de forma *imparcial*. Nosotros creemos que, en estas condiciones, ello no es posible.

IX. La rigidización ideológica en materia de derechos sociales

En este orden de ideas, y dadas las limitaciones expuestas, los intentos de imponer una determinada visión de los derechos sociales a golpe de sentencias no pueden terminar sino en la imposición, con la fuerza del Derecho, *de una forma*

⁴⁸ *Ídem.*, p. 94. En este sentido, sostenemos con PEREIRA que la Política es, en definitiva, una cuestión de sentido común, accesible al hombre de la calle. Un desarrollo de esta idea en: A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, pp. 48 y ss.

⁴⁹ Una comprensiva exposición de las teorías al respecto puede encontrarse, p. ej., en H. NOGUEIRA ALCALÁ, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, 7, 2, 2009, pp. 143-205. Disponible en línea: http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios6.pdf. Fecha de consulta: 24/12/2013.

⁵⁰ F. ATRIA, "Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales", 2004

específica de enfrentar y solucionar el tema de la injusticia social, expulsando del debate político democrático a las demás alternativas legítimas. Y todo a través de la acción del juez, saltándose, de paso, los conductos constitucionales.

Ciertamente, lo anterior es profundamente antidemocrático. Como dice ROSENKRANTZ, siempre habrá un riesgo de que la constitucionalización de los derechos económicos cristalice la energía política y esto es justamente lo que debemos tratar de evitar, dado que el auto-gobierno implica deferencia hacia el pasado pero también apertura hacia el porvenir⁵¹. Este autor insiste en que si la constitución quiere ser una carta efectiva, necesariamente debe ser un pacto que nos englobe a todos –y no sólo a una facción– más allá de nuestras diferencias. Concluye que:

“La razón más importante en contra de la inclusión de derechos económicos a la igualdad en la constitución⁵² es que no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad y, este hecho, determina que si privilegiamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo”⁵³.

En un sentido más general, CALSAMIGLIA señala que la idea básica de la democracia supone el pluralismo, esto es, la posibilidad de que gentes que tienen diversas concepciones del bien, filosóficas y religiosas, y distintos planes de vida, puedan encontrar unas reglas de juego comunes, que no coinciden con sus concepciones personales del bien, pero no le impiden desarrollarlas. La democracia “es un «arreglo» que exige renunciaciones, pero tiene la ventaja de ofrecer la posibilidad de la convivencia [...]”⁵⁴.

Sin embargo, la imposición judicial de una perspectiva concreta de justiciabilidad de los derechos sociales hace exactamente lo contrario: implica la eliminación de toda posibilidad de debate legítimo sobre la materia y, a través de ello, de la libertad política de la propia sociedad para escoger un determinado modelo político ideológico, o apartarse de él en favor de otros más eficaces, de acuerdo a su preferencia mayoritaria y las circunstancias del momento.

Dadas todas estas complicaciones, cabría preguntarse por qué juristas de calidad y bien formados en nuestra disciplina, insisten en entregar al Derecho lo que, por su naturaleza, debiera ser resuelto por la Política. Creemos que una gran parte de la respuesta se encuentra en lo que sigue.

X. **La desconfianza hacia el proceso democrático ¿desconfianza hacia el pueblo?**

Paradójicamente, si bien la doctrina partidaria de la justiciabilidad directa de los derechos sociales dice actuar en nombre de los desfavorecidos, lo cierto es que su actitud *antipolítica* termina poniendo cortapisas al único mecanismo que se ha

⁵¹ C. ROSENKRANTZ, “La pobreza, la ley y la constitución”, pp. 7–8.

⁵² Nosotros reproducimos la cita para mantener la fidelidad con el pensamiento del autor, pero aclaramos que nuestra preocupación va antes por el lado del abuso de la justiciabilidad de estos derechos, que por la cuestión de la eficacia y efectos de incluir o no tales derechos en las Cartas Fundamentales.

⁵³ C. ROSENKRANTZ, “La pobreza, la ley y la constitución”, pp. 9–10

⁵⁴ A. CALSAMIGLIA, “Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?”, pp. 85–86

inventado hasta el momento para dar voz a todas las personas, con independencia de sus recursos económicos: el sistema democrático⁵⁵.

De esta manera, alegando las deficiencias del sistema o la representación de grupos excluidos del mismo, la doctrina mencionada se convierte en barrera contra la libertad y capacidad de nuestros ciudadanos –incluyendo aquellos de recursos escasos– de escoger aquel sistema político o ideológico que estimen conveniente a sus intereses. La justiciabilidad de los derechos sociales, entendida de una forma específica, se impone aunque democráticamente la población haya decidido adoptar un sistema político o económico que privilegie otras alternativas o mecanismos para combatir la pobreza.

En este sentido, la tentación de disponer “para el pueblo, pero sin el pueblo” –o, en otras palabras, imponer opciones ideológicas por la Secretaría judicial– parece representar una nueva forma de elitismo, tan antidemocrático como el propio uso del Derecho para solucionar cuestiones políticas. Lo anterior nos recuerda la conocida observación efectuada por MANGABEIRA UNGER:

“[...uno de los inconfesables secretos de cierta doctrina legal contemporánea] consiste en un malestar o incomodidad con la democracia que se manifiesta, entre otros aspectos, en la incesante identificación de restricciones a la regla de mayoría y las consiguientes prácticas o acuerdos contramayoritarios, que serían responsabilidad primordial de jueces y juristas; en un ideal de democracia deliberativa más aceptable mientras más parezca a una conversación educada entre caballeros en un salón del siglo XVIII; y –sobre todo–, en el esfuerzo por obtener de los jueces, bajo el pretexto de una interpretación avanzada, los avances que la política popular no puede entregar”⁵⁶.

Por su parte, GARCÍA AMADO, a propósito del neoconstitucionalismo, destaca igualmente el elitismo academicista que rezuma en algunas escuelas de interpretación jurídica:

“El equilibrio entre derechos humanos y soberanía popular [...] se rompe a favor de una concepción moralizante y absolutizadora de los primeros, con la consecuencia de que acaba por promoverse un nuevo soberano que no es otro que la judicatura, y en especial la jurisdicción constitucional, en alianza con la doctrina. Es lo que podríamos llamar el complejo académico-judicial, que, desde su afán de excelencia ética y de elitismo político, pretende suplantar los dictados de un pueblo que las constituciones dicen soberano, pero que es tenido por incapaz (por

⁵⁵ Recuérdese al efecto, que ya ARISTÓTELES señala a la democracia como el régimen político que permite la participación de aquellos que no tienen recursos “[...] Por el contrario, aquello por lo que la democracia y la oligarquía difieren entre sí es la pobreza o la riqueza, y es forzoso que cuando quienes gobiernan, sean pocos o muchos, lo hacen en razón de su riqueza, el régimen sea una oligarquía, mientras que cuando son los pobres quienes gobiernan, haya democracia. Pero ocurre, tal como dijimos, que en un caso son pocos y en el otro, muchos. Pocos son, en efecto, los ricos, pero todos participan de la libertad; por estas causas unos y otros se disputan el poder en el régimen político” ARISTÓTELES, *Política*, 2005, 1280a5.

⁵⁶ R. MANGABEIRA UNGER, *What should legal analysis become?*, 1996, p. 72. Traducción nuestra, con la ayuda de la contenida en el libro de J. WALDRON aquí citado.

sí o por sus representantes en democracia) de calar en esos contenidos morales que formarían el cimiento de las constituciones y en los que sólo logran penetrar con propiedad los profesores y los jueces de las más altas cortes"⁵⁷.

En tanto, WILKINSON advierte que, al menos en Estados Unidos, las innumerables teorías interpretativas de la constitución han dado auge a diversas escuelas doctrinarias, tanto de tinte liberal como conservador, que no tienen en común otra cosa que el activismo judicial y el deseo de proporcionar cobertura teórica para aquellos resultados jurídicos preferidos y políticamente afines a su respectivo sector⁵⁸.

En consecuencia, así entendida, la doctrina sobre justiciabilidad de los derechos sociales nos impone "por nuestro propio bien", a golpe de sentencias judiciales -y sea que lo queramos o no-, una forma fija de resolver la pobreza.

Aunque en una intensidad muy distinta, no deja de reconocerse la paradoja que Berlín detectó en la forma de operar del totalitarismo:

"[...]. Una cosa es decir que puedo ser coaccionado por mi propio bien porque estoy demasiado ciego para verlo: esto puede, ocasionalmente, ir en mi propio beneficio; hasta puede ampliar el alcance de mi libertad. Otra cosa es decir que, puesto que es mi bien, no estoy siendo coaccionado, que lo habría deseado, lo sepa o no, y que soy libre (o «verdaderamente» libre) aunque mi pobre cuerpo terrenal y mi torpe espíritu lo rechacen amargamente y luchen a la desesperada contra aquellos que, quizá benévolamente, tratan de imponérmelo"⁵⁹.

XI. **Pero ¿y si la Política realmente no funciona en el combate contra la pobreza?**

Sin embargo, nuestra realidad latinoamericana impone algunas prevenciones sobre el particular. Sabemos que en muchos de los países del tercer mundo -ciertamente, algunos de los latinoamericanos- el sistema político simplemente no funciona, o funciona de manera muy deficiente por diversas razones, generando una incapacidad e ineficiencia generalizada para atender las necesidades de sus poblaciones.

Frente estos problemas surge inmediatamente, entre nuestra doctrina concernida con el tema, la tentación de pensar que el Derecho puede subsidiar a la Política; y que los jueces, como hombres formados en las ideas de justicia, serán capaces de enfrentar y resolver aquello que la Política y los políticos no quieren o no pueden enfrentar.

SCHUCK describe este fenómeno en términos generales, señalando que, atendido el prestigio de los tribunales, cuando los políticos parecen fracasar en la tarea de brindar los bienes públicos exigidos por los ciudadanos, aquellos cuentan con una vía que los litigantes, invocando alguna fuente de autoridad legal, buscarán emplear para que dichos tribunales los materialicen. Este autor agrega que, en el

⁵⁷ J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores", p. 1.

⁵⁸ J. H. WILKINSON III, *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, 2012, p. 4

⁵⁹ I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, 2001, p. 63

imaginario público, este tipo de argumento –“existe una grave injusticia y los políticos no están haciendo lo necesario para rectificarla”– es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos⁶⁰.

Por su parte GLENDON narra, respecto de Estados Unidos –aunque su descripción bien podría aplicarse al mundo occidental en general–, cómo la “revolución de los derechos” o el “lenguaje de los derechos” (es decir, el lenguaje judicial) que se impuso en América del Norte a partir de la revolución de los derechos civiles de los años 60 del siglo XX, produjo un desinterés respecto de la Política, en favor del Derecho como forma de resolver asuntos de interés público. Expresa esta autora:

“La idea tradicional de que, salvo que el texto constitucional o la tradición indiquen claramente lo contrario, las personas deben resolver los problemas difíciles y polémicos por conducto de sus representantes de elección popular, comenzó a desgastarse...A muchos activistas les parecía mejor y también más conveniente dedicar tiempo y esfuerzos a pleitos que podrían conducir a la victoria total, que pasarse largas horas en actividades de organización política, de las que generalmente lo más que se puede pretender es obtener una solución de transacción”.

Continúa la misma autora señalando que “a medida que [en EE.UU.] el sistema de partidos fue víctima de grandes grupos de intereses, altamente organizados y bien financiados, la política ordinaria comenzó a parecer inútil a la par que fastidiosa, socialmente estéril y al mismo tiempo insatisfactoria desde el punto de vista personal”⁶¹.

Sin embargo, nuestra tesis, en este punto, es bastante simple. Lo que proponemos aquí es que, sin perjuicio de los problemas de la Política, ésta y el Derecho son órdenes de actuación social enteramente distintos, que presentan especificidades, características y ámbitos de acción definidos. Ciertamente es que el derecho constitucional representa el lugar en que ambos órdenes se encuentran, pero ello no puede justificar la idea, implícita en algunos partidarios del activismo judicial, de que “el derecho constitucional regula la Política, luego ‘es’ Política”... Si se intenta usar el Derecho para subsidiar la Política, no es probable que las cosas mejoren –salvo de forma episódica y accidental⁶²–, y sí que empeoren, dadas las particularidades de la actividad jurisdiccional.

Una muestra de esto último la representa, de manera enfática, la experiencia práctica de la justiciabilidad del derecho social a la salud en Latinoamérica. Estudios recientes en Brasil y Colombia demuestran que el discurso de la justiciabilidad de los derechos sociales, en este ámbito específico, impone un enorme sacrificio

⁶⁰ P. H. SCHUCK, “El poder judicial en una democracia”, 2004, pp. 17–18

⁶¹ M. A. GLENDON, “El Lenguaje de los Derechos”, 1998, p. 84

⁶² Ejemplificando con algunos fallos de la Corte WARREN, como el famoso caso *Miranda vs Arizona*, KMIEC señala que cosa distinta de la eventual extralimitación competencial de un tribunal es preguntarse si decisiones activistas han terminado siendo, no obstante ello, “buenas” o “aceptables” y ganando aceptación social y política, pero ello basado en otros criterios. Desde este punto de vista, el activismo no sería necesariamente equivalente a una decisión impropia, errada o perjudicial. K. D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, 2004, p. 1473

presupuestario a los recursos gubernamentales destinados -políticas públicas mediante- al combate a la pobreza de las clases más vulnerables; mientras que favorece a las minorías privilegiadas que, amparadas en esa doctrina, demandan y obtienen del Estado medicamentos de alto costo o tratamientos caros y excepcionales. En Chile, en tanto, el discurso de la justiciabilidad de los derechos sociales ha favorecido a la minoría de la población -cerca de un 16%- que tiene la capacidad económica para de contratar seguros privados de salud⁶³.

Paradójicamente pues, y al menos en este ámbito, pareciera que la justiciabilidad de los derechos sociales, tal como es impulsada por la doctrina, no sólo no resuelve los problemas de la pobreza, sino que, *en nuestro desigual continente*, retroalimenta y aumenta los privilegios de los ricos.

XII. **El peligro de minusvalorar la democracia y los derechos civiles y políticos**

Parte del prejuicio contra la democracia constitucional -y contra los derechos civiles y políticos que la fundamentan- puede deberse a las tradicionales críticas a la igualdad y libertad clásicas o formales, por considerarlas una especie de garantías de papel respecto de las personas económicamente vulnerables. HEYWOOD resume esta idea de la siguiente manera:

"Los partidarios de la igualdad de resultados, tanto en el sentido moderado como en el radical, argumentan habitualmente que [ella es] la forma más importante de la igualdad puesto que, sin ella, todas las demás formas de igualdad son una farsa. Los derechos jurídicos y civiles, por ejemplo, son de escaso beneficio a los ciudadanos que no tienen un empleo seguro, un salario decente, un techo sobre su cabeza, etc."⁶⁴

CURRIE, por su parte, recuerda la burla de Anatole FRANCE respecto de una ley que prohibía tanto a ricos como pobres dormir bajo los puentes, así como los alegatos de Thomas H. GREEN, quien negaba enfáticamente que la libertad consistiese únicamente en la ausencia de restricciones legales, insistiendo que en su lugar era "el poder positivo o la capacidad de hacer o disfrutar de algo", y por lo tanto que la ayuda gubernamental afirmativa podría ser esencial para la libertad⁶⁵. En tanto, ya en el siglo XIX, el conocido jurista chileno Valentín LETELIER señalaba enfáticamente:

"¿Qué es lo que necesitan los grandes para explotar a los chicos, los fuertes a los débiles, los empresarios a los obreros, los hacendados a los inquilinos, los ricos a los pobres? Sólo una cosa: libertad, o sea la garantía de que el Estado no intervendrá en la lucha por la existencia para alterar el resultado final en favor de los desvalidos. Eso es lo que el sistema de libre mercado da a los más poderosos. ¿Y qué es lo que necesitan los desvalidos para no sucumbir en esa contienda despiadada: donde el egoísmo prevalece contra la caridad, la inteligencia contra el corazón, la fuerza contra el derecho? Sólo

⁶³ Ver al respecto nuestro artículo "El derecho a la salud en Chile y Brasil ¿Los jueces como Héroes de la Justicia Social?", antes citado y que se individualiza en la bibliografía.

⁶⁴ A. HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, 2010, pp. 330-331.

⁶⁵ D. P. CURRIE, "Positive and Negative Constitutional Rights", 1986, pp. 867-868.

protección, o sea, la garantía de que el Estado igualará las condiciones de los combatientes dando armas a los débiles para luchar con los fuertes. Eso es lo que el individualismo niega a los desvalidos⁶⁶.

Sin embargo, una cosa es reconocer las insuficiencias de la libertad e igualdad formales en términos prácticos -el tipo de reflexión que está a la base del nacimiento del Estado social de Derecho, en su forma contemporánea⁶⁷-, y otra muy distinta es menospreciar el valor de la democracia y las garantías constitucionales clásicas para la libertad política de las personas, como "lujos" prescindibles, particularmente cuando se trata de regímenes que, en muchos lugares del tercer mundo, ofrecen el intercambio de libertad por pan⁶⁸.

Por ello, nos permitimos afirmar, enfáticamente, esto: si no hay garantía de derechos y libertades civiles y políticos, no existe un constitucionalismo "alternativo", aunque el sistema de prestaciones estatales ofrecido a cambio sea extraordinariamente abundante y generoso; y sí es muy probable, en cambio, que exista algún tipo de régimen autoritario o totalitario⁶⁹.

Es por eso que autores como BÖCKENFÖRDE recuerdan que no es correcto infravalorar las garantías jurídico formales y los procedimientos regulados propios del Estado de Derecho en su sentido formal; dichas garantías y los procedimientos formales, señala este autor, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto. Agrega este autor que "la supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pre-positivo superior, ya sea este el de la "religión verdadera", el de la "comunidad popular de miembros de la misma especie" o el del "proletariado" [...]"⁷⁰.

BERLIN, por su parte dice que, frente a la idea "expiatoria" de rechazar la libertad para compartir la miseria de los otros, no se gana nada confundiendo los términos:

"Aunque esté dispuesto de buena gana o libremente a sacrificar parte de mi libertad, o toda ella, para evitar la desigualdad rampante o la extensión de la miseria, lo que hago es desprenderme de la libertad en aras de la justicia, de la igualdad o del amor por mis semejantes. Pero

⁶⁶ V. LETELIER, "Los Pobres", 1896, p. 143

⁶⁷ Que es lo que se explica, entre otros lugares, en: J. I. MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, 1997, p. 26

⁶⁸ Precisamente es esto lo que denunciaba CRANSTON respecto de la inclusión de los derechos sociales en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Para este autor, ello representó una considerable victoria de los países socialistas, pues les permitió exhibir el cumplimiento de "derechos humanos" al tiempo que negaban a sus poblaciones los derechos civiles y políticos clásicos. M. CRANSTON, *What are human rights?*, 1973, p. 54

⁶⁹ Ver al respecto, v.gr., el libro de G. ALY, *Hitler's beneficiaries. Plunder, race war, and the Nazi welfare state*, Metropolitan, New York, 2006, donde el autor intenta probar la tesis de que el asentimiento del pueblo alemán al régimen nazi se debió al generoso estado de bienestar que éste entregó a cambio.

⁷⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, 2000, p. 42

mi sacrificio no implica un aumento de mi libertad, pues cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, equidad, justicia, cultura, felicidad humana o una conciencia tranquila [...]. Se confunden valores cuando se dice que si tiro por la borda mi libertad individual, «liberal», aumenta otro tipo de libertad -«social» o «económica» [...]»⁷¹.

CANOSA USERA sostiene, finalmente, que

“[l]a grandeza mayor del Estado social consiste precisamente en armonizar esos fines potencialmente antagónicos, ya que no cabe invocar el principio democrático y el principio social contra la libertad. Por eso las políticas sociales del Estado para satisfacer las exigencias constitucionales de justicia social, encuentran su límite, impreciso pero insoslayable, en respetar, en lo esencial, el ámbito de las libertades negativas de estirpe liberal. En definitiva, el Estado social no puede dejar de ser Estado de Derecho porque si así fuera ya no sería en rigor Estado constitucional”⁷².

XIII. Conclusiones: el valor de la democracia, la Política y el constitucionalismo

En nuestra opinión, el intento de reemplazar los fallos de la Política por el Derecho, mediante el activismo judicial, no puede sino producir resultados muy negativos, por cuanto paraliza la libertad política de nuestras sociedades para escoger mejor su futuro, reemplazándola, eventualmente, por la voluntad de una minoría elitista; con el peligro agregado de encadenar nuestros países a una determinada forma de resolver los problemas sociales, por obsoleta o ineficiente que ésta sea. Todo ello, sin perjuicio de las disfunciones prácticas derivadas de usar nuestra disciplina jurídica, pensada para resolver conflictos de tipo específico, como mecanismo de reforma social.

Desde ya, eso parece un muy mal camino para estimular la responsabilidad de los ciudadanos latinoamericanos en la solución de sus propios problemas. Sin pretender haber encontrado una respuesta a este asunto, creemos que, si la Política falla, la solución puede pasar por *mejorar la Política*, no reemplazarla por el Derecho. Los ciudadanos latinoamericanos tienen el derecho –y la responsabilidad– de escoger adecuadamente las ideologías y políticas públicas que estimen apropiadas para su desarrollo y bienestar. Si ellos prefieren delegar esa responsabilidad en salvadores populistas, o insistir en la elección de regímenes probadamente corruptos, muy poco puede hacer el Derecho para remediar eso.

Por ello, estimamos prudente –y esa es la tesis que proponemos en este artículo– reservar y reforzar el papel del juez constitucional para lo que mejor funciona: evitar el abuso de los derechos y dignidad de las personas por parte del poder político, dejando lo demás al proceso democrático. Aún en Latinoamérica –o, *precisamente, porque* nuestro continente requiere mejores, y no peores horizontes de desarrollo político y humano–, un pensamiento constitucionalista bien diseñado es uno de los mejores antídotos que el Derecho puede ofrecer a los males de la

⁷¹ I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, 2001, pp. 51–52

⁷² R. CANOSA USERA, "Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho", 2014, p. 174

Política, entre ellos, el que ésta termine siendo cooptada por lo peor de cada sociedad. Pedirle más al Derecho puede, incluso, ser contraproducente.

XIV. Bibliografía

- V. ABRAMOVICH; C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), 2002.
- ARISTÓTELES, *Política*, Losada, Buenos Aires (Colección Griegos y Latinos, 1), 2005.
- F. ATRIA, "Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales", en VV.AA. (Ed.), *Discusiones: derechos sociales*, vol. 4. Alicante, España (4), 2004, pp. 145–176. Disponible en línea: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15574>. Fecha de consulta: 28/12/2013.
- I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Traducción, introducción y notas de Ángel Rivero, Alianza Editorial, Madrid (El libro de bolsillo. Filosofía), 2001.
- E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Prólogo y Traducción de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, Madrid (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), 2000.
- A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", *Derechos y Libertades - Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 2000, pp. 81–97. Disponible en línea: <http://hdl.handle.net/10016/1375>. Fecha de consulta: 21/05/2014.
- R. CANOSA USERA, "Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho", en R. CANOSA USERA, J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (EDS.), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. 2ª ed, Reus. Madrid (Colección de derecho constitucional), 2014, pp. 165–175.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990), "Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto". Source: U.N. Doc. E/1991/23 1990.
- M. CRANSTON, *What are human rights?*, Taplinger Pub. Co, New York, 1973.
- F. B. CROSS, "The Error of Positive Rights", *UCLA Law Review*, 48, 2001, pp. 857–924.
- D. P. CURRIE, "Positive and Negative Constitutional Rights", *The University of Chicago Law Review*, 53, 3, 1986, pp. 864–890. DOI: 10.2307/1599586.
- J. L. FAVOREU, *Los Tribunales constitucionales. Prólogo y supervisión de la obra de Marc Carillo*, Ariel, Barcelona, 1994.
- J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores". Universidad de Antioquía -Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Disponible en línea: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticas> . Fecha de consulta: 27/12/2013.
- M. A. GLENDON, "Rights in Twentieth-Century Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 519–538.
- M. A. GLENDON, "El Lenguaje de los Derechos", *Revista Estudios Públicos*, 70, 1998, pp. 77–150. Disponible en línea:

- http://cepchile.cl/dms/archivo_1086_726/rev70_glendon.pdf . Fecha de consulta: 20/01/2013
- A. HAMILTON; J. MADISON, "El Federalista, LI", en A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY (Eds.), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica (FCE), México D.F., 2006, pp. 219–223.
- A. HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, Tirant lo Blanch, Valencia (Ciencia política, 32), 2010.
- V. KARTASHKIN, "Economic, Social and Cultural Rights", en K. VASAK, P. ALSTON (EDS.), *The International dimensions of human rights*, Greenwood Press; Unesco. Westport, Conn, Paris, France, 1982, pp. 111–133. Fecha de consulta: 18/11/2013.
- H. KELSEN, "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008, pp. 3–46. Fecha de consulta: 26/12/2013.
- K. D. KMIEC, "The Origin and Current Meanings of" Judicial Activism", *California Law Review*, 92, 5, 2004, pp. 1441–1477. Fecha de consulta: 22/12/2013.
- V. LETELIER, ""Los Pobres"", *Anales de la Universidad de Chile*, 1896, pp. 137–144. DOI: 10.5354/0717-8883.1957.18979.
- S. LIEBENBERG, "Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica", *Anuario de Derechos Humanos - Universidad de Chile*, 2006, pp. 53–72. Disponible en línea: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13371/13642>. Fecha de consulta: 28/08/2014.
- K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*. Traducido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed., Ariel, Barcelona (Ariel Derecho), 1976, reimpresión 1986.
- G. A. LÓPEZ DAZA, "Constitucionalización y Protección Judicial de los Derechos Sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano", *Pielagus*, 9, 2010, pp. 27–41. Fecha de consulta: 02/03/2014.
- R. MANGABEIRA UNGER, *What should legal analysis become?*, 1ª ed. 1 volume, Verso, London, New York, 1996. Fecha de consulta: 28/11/2013.
- J. I. MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona (1), 1997.
- J. I. MARTÍNEZ ESTAY, "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", *Estudios Constitucionales*, 8, 2, 2010, pp. 125–166. DOI: 10.4067/S0718-52002010000200006.
- J. H. MATLARY, *When might becomes human right. Essays on democracy and the crisis of rationality*, Gracewing, Leominster, 2007.
- M. MCCANN, "How the U.S. Supreme Court Matters: new institutionalist perspectives on Judicial Power", en J. VEGA GÓMEZ, E. CORZO SOSA (EDS.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. 1. ed, Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Facultad Derecho Universidad Complutense; Fundación de Derecho Público, Venezuela; Fundación Editorial Jurídica Venezolana; Hispamer "Leer es crecer"; PEMEX; Universidad Central de Chile; Universidad Externado de Colombia; Universidad de Lima; Universidad Nacional Autónoma de México. México (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídica, núm. 108), 2002, pp. 271–316. Disponible en línea:

- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/16.pdf>. Fecha de consulta: 13/08/2015.
- H. NOGUEIRA ALCALÁ, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, 7, 2, 2009, pp. 143–205. Disponible en línea: http://www.cecoc.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios6.pdf. Fecha de consulta: 24/12/2013.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), 2014, "Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels. Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX), November 2014". Social Expenditure Update. Disponible en línea: <http://www.oecd.org/social/expenditure.htm>. Fecha de consulta: 30/09/2015.
- C. PEREIRA DE SOUZA NETO, "Teoria da constituição, democracia e igualdade". Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Disponible en línea: <http://goo.gl/3f127D>. Fecha de consulta: 13/08/2015.
- A.-C. PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional y otros escritos. Con la colaboración en la lección IX de José Ignacio Martínez Estay*, LexisNexis, Santiago de Chile (2), 2006.
- A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, Legal Publishing Chile, Santiago (1), 2010.
- F. PIOVESAN; R. STANZIOLA VIEIRA, "Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 15, 2006, pp. 128–146.
- R. A. POSNER, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint", *California Law Review*, 100, 3, 2012, pp. 519–556. Disponible en línea: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol100/iss3/1>. Fecha de consulta: 22/12/2013.
- R. A. POYANCO BUGUEÑO, "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial", *Derecho Público Iberoamericano*, 2, 2013, pp. 67–101. Disponible en línea: <http://works.bepress.com/rodrigopoyanco/1>. Fecha de consulta: 14/08/2015.
- R. A. POYANCO BUGUEÑO; C. ROMERO GOMES, "El derecho a la salud en Chile y Brasil. ¿Los jueces como Héroes de la Justicia Social?", *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, I, I, 2015, pp. 149–172.
- L. PRIETO SANCHÍS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, R. VÁSQUEZ (EDS.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México. México (Serie Doctrina jurídica, 28), 2000, pp. 15–65. Fecha de consulta: 01/10/2014.
- E. M. DE QUEIROZ BARBOZA; K. KOZICKI, "Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court", *Diritto e questioni pubbliche*, 13, 2013, pp. 407–444. Disponible en línea: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2013_n13/stu_02-Barboza-Kozicki.pdf. Fecha de consulta: 30/07/2014.
- C. ROSENKRANTZ, "La pobreza, la ley y la constitución", *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 15. Disponible en línea:

- http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sela. Fecha de consulta: 13/01/2014.
- P. H. SCHUCK, "El poder judicial en una democracia", *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 31, 2004. Disponible en línea: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31. Fecha de consulta: 23/12/2013.
- J. B. THAYER, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, 7, 3, 1893, pp. 129–156. Disponible en línea: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=15308684&lang=es&site=ehost-live>. Fecha de consulta: 14/08/2015
- A. D. TOCQUEVILLE, *La democracia en América. Tomo I. Traducción española por Carlos Cerrillo Escobar*. 2 volúmenes, Daniel Jorro, Madrid (Biblioteca Científico-Filosófica), 1911.
- J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid (Colección Filosofía y Derecho), 2005.
- J. H. WILKINSON III, *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, Oxford University Press, New York (Inalienable Rights), 2012.